N°09 | OCTOBRE 2005

La courte Note

→ LA LETTRE D'INFORMATION DE **LACOURTE NOTAIRES ASSOCIÉS**

→ DANS CE NUMÉRO :



ÉDITORIAL



Nécessité fait ordonnance !

Nous reviendrons sur la question du logement dans d'autres numéros, alors que le projet de loi sur la vente « à la découpe » a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale. Les pratiques évoluent - les prix élevés rendant peut-être plus difficiles les transactions - et les récents incendies dramatiques appellent à revoir les solutions pour le logement social.

C'est d'élaboration des textes dont nous dirons un mot cette fois. Depuis quelque temps, on parle d'une crise du parlement qui serait « dépossédé » de son pouvoir législatif tant il est vrai que le gouvernement a de plus en plus souvent recours aux ordonnances et aux déclarations d'urgence pour faire passer un texte.

Le droit notarial n'échappe pas à ces « manœuvres » et les articles de ce numéro illustrent le phénomène. La création de diagnostics techniques et la simplification du changement d'affectation, par exemple, résultent d'une ordonnance. On pense aussi à la réforme des procédures collectives, qui a été votée en urgence. Un autre procédé consiste à faire valider par le parlement des solutions contractuelles. Ainsi, la proposition de loi sur la vente à la découpe prévoit-elle la possibilité d'étendre par décret les accords collectifs, l'objectif étant de faire appliquer plus largement l'accord du 16 mars dernier, limité aujourd'hui à ses seuls signataires.

Le recours à ces procédures accélérées – ou déviées – ne peut se justifier que si les décrets d'application sont pris rapidement. Alors seulement la volonté du pouvoir exécutif de modifier efficacement et rapidement sera avérée. Or, la pratique démontre que l'application des lois peut prendre plusieurs années ! On peut contacter un ministère à quelques mois d'intervalle et s'entendre répondre qu'un décret est « en cours d'élaboration », puis « en cours de signature » ou « en attente d'arbitrage ministériel »...

Il ne faut pas confondre « réformes attendues » et « réformes urgentes » : la création d'un diagnostic technique était souhaitée par l'ensemble des professionnels de la vente d'immeuble, mais y avait-il urgence à l'instituer en 2005 alors qu'il comprend des certificats qui ne seront obligatoires qu'en juillet 2006 ?

L'absence de débat parlementaire au cours de l'élaboration des textes devient préjudiciable pour la qualité des mesures adoptées. De plus, les discussions en assemblées sont précieuses pour une bonne application des lois. N'est-il pas fréquent de devoir se plonger dans les débats parlementaires pour mieux comprendre et délimiter la portée d'un texte ?

Alors que le droit bouge beaucoup, nous avons choisi de consacrer le dossier de ce nouveau numéro de *La courte Note* à un sujet qui a peu évolué depuis la rédaction du code civil en 1804 : les servitudes. Les textes ont beau rester les mêmes, la jurisprudence et les difficultés pratiques abondent. Ce dossier analyse les règles de base et les servitudes les plus utiles pour construire. À cette occasion, nous tenons à remercier Thierry Gareau qui nous a exposé les difficultés liées aux servitudes qu'il rencontre dans l'exercice de son métier de géomètre-expert.

Bonne lecture.

Bertrand Lacourte

LACOURTE NOTAIRES ASSOCIÉS

De l'écoute à la plume, le Droit d'imaginer

CHANGEMENT D'AFFECTATION : LA FIN D'UN DISPOSITIF ARCHAÏQUE ?

Pour protéger le logement, le changement d'affectation des locaux d'habitation est parfois soumis à autorisation préalable. Jugé vieillissant, le système instauré en 1945 a été assoupli de manière significative par l'ordonnance du 8 juin 2005[1].

La proposition de confier aux seuls maires le contrôle de l'occupation du sol n'ayant pas été retenue, c'est l'État, en tant que garant du logement, qui conserve le contrôle de l'affectation des biens, après avis du maire. Chaque préfet fixera par arrêté les conditions de délivrance des autorisations.

Application géographique

Jusqu'ici, toutes les communes de plus de 10 000 habitants étaient soumises au régime du changement d'affectation. Ce dernier ne se justifiait pourtant que dans les grandes villes où la spéculation immobilière et la pression pour transformer les locaux d'habitation en bureaux étaient fortes. Le dispositif n'était d'ailleurs réellement appliqué qu'à Paris et dans les Hauts-de-Seine. Il s'applique désormais à toutes les communes de plus de 200 000 habitants et dans les départements de la petite couronne parisienne.

Précisions terminologiques

La notion « d'usage » remplace aujourd'hui celle « d'affectation » pour éviter toute confusion avec la notion de destination[2]. Faute de définition légale des notions de local à usage d'habitation, professionnel et administratif, un important contentieux aboutissait à des jurisprudences contradictoires. L'ordonnance réduit les usages possibles : l'habitation – dont une liste est dressée – et le reste. Les passages entre usages commercial, professionnel ou administratif sont libres.

Vérification de l'usage des biens

La date à laquelle il convient d'apprécier l'usage d'un bien n'est plus 1945. C'est au 1er janvier 1970, date de la réforme foncière, qu'il faut se référer. On simplifie la preuve : les documents de cette période sont plus accessibles. La référence à une date fixe, plutôt que l'emploi de la prescription trentenaire, est regrettable car avec le temps, cette date paraîtra de plus en plus éloignée. Il n'est plus nécessaire de vérifier l'affectation continue et donc d'établir la chaîne des baux. Pour les locaux construits depuis 1970, il suffira de se référer au permis de construire.

Suppression du certificat d'affectation

Les sanctions encourues en cas de changement d'usage illégal sont conséquentes : nullité des baux et des ventes, amende de 22 500 euros et obligation de réaffecter les locaux irrégulièrement transformés à leur usage antérieur. La pratique s'appuyait, notamment lors des ventes, sur la production d'un certificat d'affectation ou de « commercialité » délivré par l'administration pour parfaire la sécurité juridique de la transaction. La réforme met fin à ce certificat, ce que l'on regrette.

Base juridique de la compensation

À Paris, le préfet pouvait subordonner le changement d'affectation au retour à l'habitation d'un local affecté à un autre usage, pour reconstituer une surface habitable équivalente. Validée par la jurisprudence, la compensation n'avait aucune base législative. Désormais, elle est encadrée et fera l'objet d'une inscription au fichier immobilier. Un arrêté préfectoral en fixera les modalités.

Portée de l'autorisation préfectorale

Le principe reste celui du caractère personnel de l'autorisation de changement d'usage. Il cesse dès que le bénéficiaire met fin à l'exercice professionnel. Une exception logique est désormais formellement prévue en cas de compensation : l'autorisation est alors attachée au local et non à la personne.





Christine Montébrun
Notaire assistant
Responsable documentation & communication

1 - Articles 24 à 29 de l'ordonnance n°2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction.
2 - La destination ressort du régime de permis de construire. C'est ce pour quoi un immeuble a été construit en fonction de ses caractéristiques physiques.



IMMOBILIER

VENTE D'IMMEUBLE : LE REGROUPEMENT DES DIAGNOSTICS TECHNIQUES

Pour assurer la sécurité de l'acquéreur lors de la vente d'un bien immobilier, la réalisation de nombreux diagnostics a été imposée au vendeur. Souhaité par les professionnels, le regroupement de l'ensemble de ces documents a été instauré par l'ordonnance du 8 juin 2005 sous un dossier unique, le « dossier de diagnostic technique ».

Un dossier *check-list*

Le dossier de diagnostic technique remplira la fonction de *check-list* de tout ce qu'il faut annexer à la promesse de vente ou, à défaut, à l'acte authentique de vente d'un immeuble bâti. Il comprendra, selon les cas, les documents suivants :

1 - le constat de risque d'exposition au plomb,
2 - l'état mentionnant la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante,
3 - l'état relatif à la présence ou à l'absence de termites,
4 - l'état de l'installation intérieure de gaz naturel,
5 - l'état des risques naturels et technologiques, et
6 - le diagnostic de performance énergétique.

Validité du dossier

La durée de validité des différents diagnostics est fixée par décret en fonction de leur nature. Si l'un des documents produits lors de la signature de la promesse de vente n'est plus en cours de validité à la date de la signature de l'acte de vente, il doit être remplacé par un nouveau document annexé à l'acte. En revanche, il n'y a pas lieu de faire établir un nouveau constat de risque d'exposition au plomb à chaque mutation lorsque le document initial établit l'absence de plomb ou sa présence à des concentrations inférieures aux seuils devant être fixés par arrêté. Il suffit alors de joindre le constat initial au dossier de diagnostic technique.

Obligations informatives du vendeur

En l'absence d'états en cours de validité relatifs au plomb, à l'amiante, aux termites ou à l'installation de gaz naturel lors de la signature de l'acte de vente, le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés.

En l'absence d'état des risques naturels et technologiques, l'acquéreur peut poursuivre la résolution du contrat ou demander au juge une diminution du prix.

Enfin, l'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique, ce dernier n'ayant qu'une valeur informative.

Les certificats du dossier de diagnostic technique

Certificats	Immeubles concernés	Obligations
PLOMB CREP[1] applicable au plus tard le 12 août 2008 (décret à paraître). ERAP[2] en vigueur.	Immeubles à usage d'habitation construits avant le 1er janvier 1949	Dossier annexé à la promesse de vente ou, à défaut, à l'acte notarié de vente
AMIANTE En vigueur	Immeubles dont le permis de construire a été délivré avant juillet 1997	
TERMITES En vigueur	Tous les immeubles	
INSTALLATION INTÉRIEURE DE GAZ Décret à paraître	Immeubles à usage d'habitation	
RISQUES TECHNO-LOGIQUES ET NATURELS Applicable au plus tard le 1er juin 2006	Immeubles situés dans une zone couverte par un plan de prévention des risques ou une zone de sismicité	
PERFORMANCE ÉNERGÉTIQUE 1er juillet 2006	Tous les immeubles	A disposition du candidat à l'acquisition et communiqué à l'acquéreur





Hélène Mathieu Proto
Clerc

1 - Contrat de risque d'exposition au plomb.
2 - État des risques d'accessibilité au plomb.



SERVITUDES, MODE D'EMPLOI...

Les servitudes doivent inciter les propriétaires à la vigilance. Elles peuvent permettre d'utiliser ou d'améliorer l'utilisation de leur bien, mais elles peuvent également imposer des contraintes. Que ce soit pour en profiter ou pour mieux les supporter, il est nécessaire d'en connaître les règles de base.

Être propriétaire d'un bien ne suffit pas toujours pour en profiter pleinement. Les servitudes permettent d'assurer ou d'améliorer l'utilisation d'un bien : en permettant l'accès à une parcelle enclavée, par exemple. Une servitude est une charge imposée à un bien immobilier, bâti ou non (fonds servant), pour l'usage ou l'utilité d'un autre bien immobilier (fonds dominant), appartenant à un autre propriétaire. Pour qu'une servitude existe, il faut deux propriétaires et deux fonds distincts. On voit le double aspect des servitudes : négatif pour le fonds servant qui la subit ; positif pour le fonds dominant qui en profite.

Les servitudes répondent à de réels enjeux économiques, tant en milieu rural qu'en milieu urbain. Elles sont de plus en plus utilisées dans les montages d'opérations immobilières ou dans la vie de l'immeuble. Depuis un revirement de jurisprudence du 30 juin 2004[1], une servitude peut être établie entre les parties privatives de deux lots de copropriété.

Comment constituer une servitude ?

Les servitudes privées[2] peuvent être naturelles lorsqu'elles dépendent de la situation des lieux, légales lorsque les conditions posées par la loi pour les créer sont respectées, ou conventionnelles si elles résultent de l'accord des parties.

Des propriétaires voisins peuvent en effet créer des servitudes en établissant entre eux une convention. Si la loi n'exige pas d'acte notarié ni même d'écrit, la rédaction d'un acte authentique est pratiquement nécessaire. Hormis son rôle de preuve de la servitude, sa publication à la Conservation des hypothèques rend la servitude opposable aux tiers. L'acte notarié précisera notamment la nature, l'usage et l'étendue de la servitude (par exemple, le champ d'une servitude de vue).

Une indemnité est souvent due pour dédommager le propriétaire du fonds servant du préjudice qu'il subit du fait de la création de la servitude. Fiscalement, l'indemnité constitue pour le propriétaire du fonds servant un profit imposable suivant le régime des plus-values immobilières.

À défaut d'accord entre les propriétaires en cas de servitude légale, le juge civil est compétent pour instituer une servitude et déterminer l'indemnité à verser au propriétaire du terrain qui la supporte.

Si la servitude intéresse un bien « démembré », l'usufruitier ne peut seul la consentir car il n'a pas le droit de disposer librement de l'immeuble. Le concours du nu-propriétaire est nécessaire. Si la servitude concerne des biens communs, le consentement des deux époux est nécessaire pour la constituer.

Certaines servitudes peuvent s'acquérir par prescription trentenaire. Il s'agit des servitudes qui sont à la fois continues (dont l'usage est continuel ou peut l'être sans intervention de l'homme) et apparentes (visibles par des signes extérieurs). C'est le cas, par exemple, des fenêtres. Pour revendiquer la possession d'une servitude, le propriétaire du fonds dominant devra prouver qu'il la possède depuis 30 ans de manière continue, non interrompue, paisible, publique et non équivoque.

Des avantages... et des charges à connaître

Les servitudes ne sont pas toujours apparentes c'est-à-dire qu'elles ne sont pas toujours visibles par des signes extérieurs (interdiction de

1 - Cour de cassation, 3ème civ., 30 juin 2004.
2 - Nous limitons ce dossier aux servitudes de droit privé. Les servitudes administratives sont imposées aux propriétaires privés dans un but d'intérêt général (passage d'une ligne à haute tension, par exemple).



bâtir, par exemple). Par ailleurs, certaines servitudes ne s'exercent qu'épisodiquement par une intervention humaine (droit de passage). On ne peut donc pas avoir aisément connaissance de toutes les servitudes susceptibles de grever un bien. Or, si elles entraînent des avantages pour le propriétaire du fonds servant, elles constituent une charge pour le propriétaire du fonds dominant. Il est donc important de connaître les servitudes qui grèvent sa propriété afin de profiter pleinement de son terrain ou d'en connaître les contraintes.

Servitudes et vente immobilière

La servitude est un droit réel immobilier accessoire au droit de propriété : elle est attachée au bien et non à la personne du propriétaire. Par conséquent, si le bien change de propriétaire, elle est obligatoirement transmise avec la servitude. L'acquéreur pourra en profiter ou devra la respecter. Les actes notariés précisent d'ailleurs que l'acquéreur doit respecter toutes les servitudes existantes. Les servitudes conventionnelles doivent donc être portées à la connaissance de l'acquéreur du bien immobilier, même si elles sont apparentes. Cette information est d'autant plus importante lorsque la servitude est supportée par le bien vendu car elle en déprécie la valeur. L'acquéreur doit donc être informé de son existence le plus tôt possible. Ces questions, qui sont trop souvent sous-estimées, doivent être abordées avant la signature de la promesse de vente par l'analyse du titre de propriété.

Si une servitude n'est pas révélée par le vendeur, la sanction est la résiliation du contrat ou l'octroi de dommages et intérêts au profit de l'acquéreur. Le rôle du notaire est très important : il doit vérifier si des servitudes grèvent le bien en consultant le fichier immobilier de la conservation des hypothèques et les titres antérieurs. Si le notaire omet de mentionner une servitude, sa responsabilité pourra être engagée par les parties et notamment par l'acquéreur.

Respect des servitudes

Si chaque propriétaire doit respecter la servitude dont il profite (servitude active) ou qu'il supporte (servitude passive), il ne doit pas abuser de ce droit ou le restreindre. Le propriétaire de l'immeuble à qui profite la servitude ne doit rien faire qui puisse aggraver la situation de l'autre immeuble. Ainsi, un propriétaire qui profite d'une servitude de passage permettant la desserte de son exploitation agricole aggrave la situation en créant un centre équestre qui entraîne le passage d'une clientèle et d'un public nombreux[3]. De même, le propriétaire de l'immeuble sur lequel la servitude est établie ne peut rien faire pour réduire l'usage d'une servitude. Par exemple, il ne peut édifier sur le passage un portail qui empêcherait l'usage de la servitude. Chaque propriétaire peut recourir au juge civil en cas d'abus et le contentieux en la matière est abondant.

L'extinction des servitudes conventionnelles

Suite à un revirement de jurisprudence[4], une servitude conventionnelle peut s'éteindre par prescription lorsqu'elle n'a plus d'intérêt. C'est le cas par exemple d'un droit de passage conventionnel qui ne serait plus utilisé depuis plus de 30 ans.

Les servitudes conventionnelles peuvent également s'éteindre par accord des parties.

Aujourd'hui, les servitudes contribuent encore efficacement à la bonne organisation de la propriété et des rapports de voisinage, à la campagne comme à la ville, sur les terrains bâtis ou non et quelle que soit l'importance de l'opération envisagée.





Christine Montébrun
Notaire assistant
Responsable documentation & communication

3 - Cour d'appel de Bordeaux, 16 avril 1996.
4 - Cour de Cassation 3è civ. 9 juillet 2003.



QUELLES SERVITUDES POUR « MIEUX CONSTRUIRE » ?

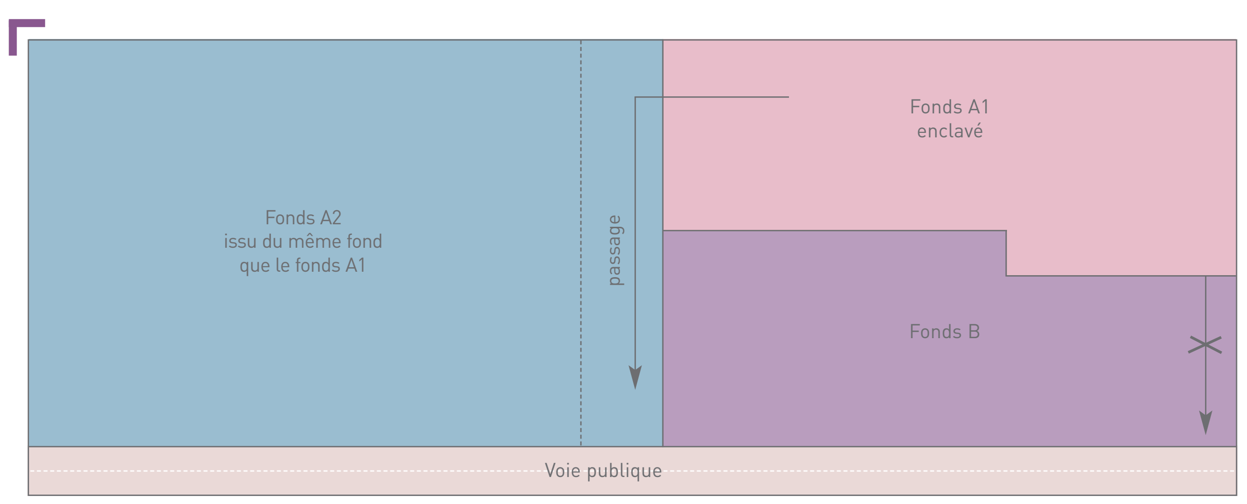
Il existe une grande variété de servitudes de droit privé. Certaines d'entre elles permettent aux propriétaires de construire dans les meilleures conditions. Tour d'horizon pratique de ce type de servitudes.

Pour accéder au terrain : le droit de passage

Un terrain enclavé ne peut pas être construit. Aussi l'article 682 du Code civil permet-il au propriétaire n'ayant pas d'accès sur la voie publique d'obtenir de ses voisins le droit de passer sur leur bien pour assurer la desserte complète de son terrain. Ce droit de passage peut également être revendiqué dans le cas d'un accès à la voie publique existant, mais insuffisant pour ce que souhaite faire le propriétaire. Le ou les propriétaires des fonds voisins ne peuvent pas refuser ce droit, mais une indemnité leur est due. Si elle n'est pas fixée à l'amiable, ainsi que les modalités de la servitude de passage (tracé, véhicules admis, plages horaires, passage de canalisations, câbles, entretien...), elle l'est par le juge, qui fixe le tracé de la servitude en fonction du trajet le plus court, tout en tenant compte de la gêne occasionnée sur le fonds servant.

Les frais d'établissement et d'entretien du passage sont en principe à la charge du bénéficiaire de la servitude (art.698 C.civ.), mais ils peuvent être partagés lorsqu'ils bénéficient aux deux propriétaires. L'assiette de la servitude de passage demeure la propriété du fonds servant, son propriétaire devant continuer à honorer les taxes foncières y afférentes. Il peut par ailleurs bénéficier du coefficient d'occupation des sols (COS) issu de cette assiette[1].

La jurisprudence[2] a reconnu un droit de passage particulier appelé **servitude de tour d'échelle**. Elle permet au propriétaire d'un terrain contigu à un autre fonds de pénétrer sur ce dernier pour réparer son mur ou sa toiture. Cette servitude n'est reconnue par les tribunaux que si les travaux à réaliser sont indispensables et ne peuvent être effectués qu'en passant par le fonds voisin.



Si le fonds enclavé est issu d'une division, la servitude devra s'exercer sur le fonds dont elle provient, même si un autre passage serait plus court.

1 - CE, 29 décembre 1995, Commune de La Baule.
2 -Cass. 3e civ., 15 avril 1982, n°80-17.108, Ducourthial c/ Rodriguès



Pour construire sur le mur voisin : l'acquisition de la mitoyenneté

Un mur est soit privatif, soit mitoyen. La difficulté est souvent de déterminer ce qu'il est ! Le Code civil (art. 683) et la jurisprudence indiquent dans quels cas un mur est présumé mitoyen, ou ne l'est pas. Ce ne sont que des présomptions et elles peuvent tomber en cas de titre (acte notarié, par exemple) ou marque sur le mur contraires, jugement contraire ou prescription acquisitive.

Il existe une **présomption de mitoyenneté** pour le mur servant de séparation entre des bâtiments (jusqu'à l'héberge), le mur séparant une cour et un jardin, le mur séparant des champs et enfin le mur ayant un sommet à deux pentes.

Il existe une **présomption de mur privatif** si le mur est constitué par un sommet en une pente[3], si le terrain est entièrement clos au milieu d'autres terrains non clos, si le mur appartient à un bâtiment en limite de propriété ou si le mur ne comporte que d'un seul côté un chaperon, un filet ou un corbeau.

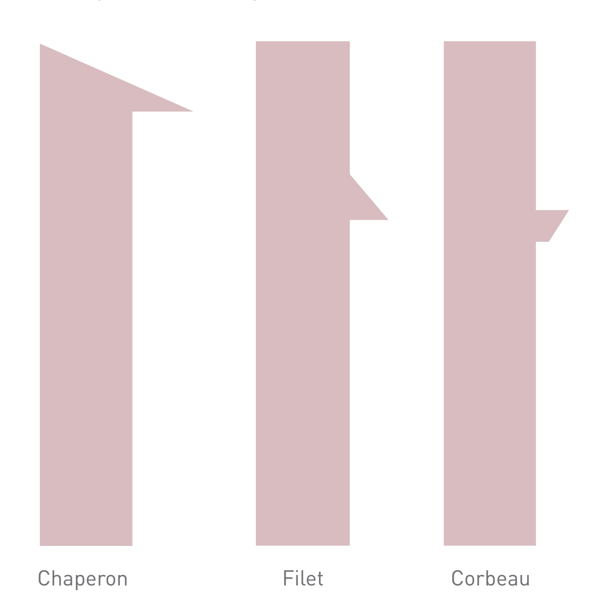
Pour **les murs de soutènement**, la jurisprudence a dégagé les principes suivants : si le mur ne sert que de soutènement, il est présumé appartenir au propriétaire qui en profite, c'est-à-dire celui dont le terrain a le niveau le plus élevé. Si le mur sert également de clôture, il est présumé mitoyen, car il profite aux deux fonds. La jurisprudence estime que lorsque le mur de soutènement dépasse de 40 cm le niveau du sol, il s'agit d'un mur de clôture auquel s'applique la présomption de mitoyenneté[4].

Les fossés sont quant à eux présumés mitoyens, même s'ils ne servent qu'à l'écoulement de l'eau (art.667 C.civ.).

Comment acquérir la mitoyenneté d'un mur ?

Il est possible d'appuyer un ouvrage contre un mur mitoyen. C'est pourquoi il peut être opportun, pour un programme de construction, d'acquérir la mitoyenneté, c'est-à-dire de rendre commun aux deux voisins un mur privatif. L'article 661 du Code civil permet cette acquisition et détermine les

Présomptions de mur privatif



- **Le chaperon** est un aménagement en tuile, ardoises ou ciment, placé au sommet du mur qui empêche la pluie de ruisseler le long du mur.
- **Le filet** (ou lamier) est une saillie ayant le même rôle que le chaperon mais placée plus bas (ne pas confondre avec des pierres en saillie placées pour élever un mur, sans rôle quant au ruissellement de l'eau).
- **Le corbeau** est une pierre placée dans toute l'épaisseur du mur et destinée à recevoir une poutre.

modalités de calcul de l'indemnisation due en conséquence. Le mur doit bien sûr être en limite de propriété et il doit s'agir d'un véritable mur et non d'une palissade provisoire. Il peut s'agir d'un mur de clôture ou du mur pignon de la construction voisine.

Obstruer ou non les ouvertures dans les murs limitrophes : la servitude de vue et les jours de souffrance

Un terrain vierge peut être entouré de bâtiments ayant des ouvertures. Celles-ci, selon qu'elles constituent des servitudes de vue ou des jours de souffrance, vont imposer des sujétions différentes. Il convient donc de déterminer la nature de l'ouverture pour en définir les conséquences pratiques.



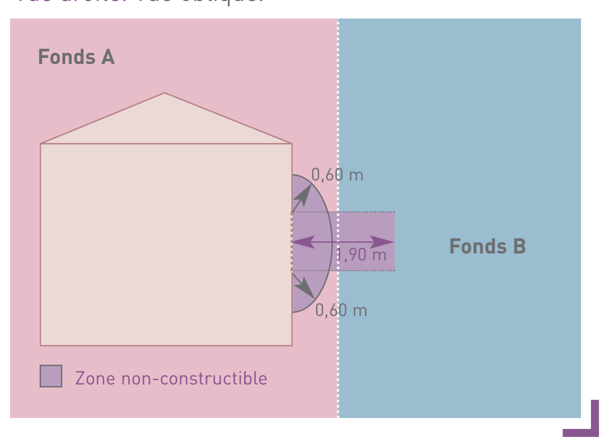
3 - Le mur est alors présumé appartenir au propriétaire du terrain sur lequel l'eau venant de ce sommet s'écoule.
4 - CA Montpellier, 18 mars 1992, Labit c/ Lagarrigue.



DOSSIER
SERVITUDES DE DROIT PRIVÉ

Les *vues* sont des aménagements effectués dans une construction et à partir desquelles son propriétaire peut jeter un regard sur le fonds voisin. Il s'agira des fenêtres, balcons, escaliers d'accès ou encore des terrasses, sous réserve que celles-ci soient attenantes au bâtiment et accessibles depuis ce bâtiment. Les articles 678 et 679 du Code civil disposent qu'il n'est pas possible d'avoir une vue à moins de 1,90 m entre le mur dans lequel se situe la vue et un fonds voisin, en vue droite. La distance est fixée à 0,60 m en vue oblique.

Distances minimales.
Vue droite. Vue oblique.



Un problème se pose lorsque la vue est située en limite de propriété, sans respecter ces distances. Si certaines conditions sont réunies, il y a création d'une servitude de vue au profit du propriétaire de la vue, empêchant le propriétaire du fonds voisin, sur lequel la vue est exercée, de construire dans les distances prescrites. C'est le cas si la vue a été créée il y a plus de trente ans et que les conditions de la prescription trentenaire sont réunies. C'est également le cas si la vue a été créée avant la division du fonds, le propriétaire ayant acquis une servitude de vue par « destination du père de famille ». En dehors de ces deux hypothèses, le propriétaire qui a pratiqué des vues irrégulièrement pourra être condamné à les obstruer.

À la différence des vues, les jours sont des aménagements qui ne laissent passer que la lumière, mais pas le regard ni l'air. Ils doivent être « à verre dormant » (c'est-à-dire ne pas pouvoir s'ouvrir) et dans un matériau translucide et non transparent. Ils doivent être placés à une certaine hauteur par rapport au plancher (2,60 m en rez-de-chaussée et 1,90 m en étage). Ils ne donnent aucun droit à leur bénéficiaire et peuvent donc être librement obstrués par l'apposition d'une nouvelle construction.

Les servitudes *non aedificandi* et *non altius tollendi*

La servitude *non aedificandi* consiste à interdire aux propriétaires de bâtir sur tout ou partie du sol joignant un ou plusieurs bâtiments. La servitude *non altius tollendi* interdit de construire au-dessus d'une certaine hauteur. Elles ont souvent pour but d'aérer et de conserver l'ensoleillement des bâtiments qui les entourent. Si une partie seulement du terrain est concernée par la servitude, les droits à construire sont déterminés à partir du COS appliqué à la superficie de la totalité du terrain.

D'autres servitudes existent : égout, écoulement des eaux, bornage, clôture du terrain, plantations, etc. L'étude tient à votre disposition un dossier complet sur les servitudes de droit privé et public.





Catherine Minot
Consultante en droit public



DOSSIER
SERVITUDES DE DROIT PRIVÉ
INTERVIEW

RENCONTRE AVEC UN HOMME DE TERRAIN : LES SERVITUDES ET LE GÉOMÈTRE EXPERT

Si le notaire est l'homme de la plume, le géomètre est l'homme du terrain. Thierry Gareau, géomètre-expert, dirige le cabinet Betom, à Montrouge. Il nous fait part de sa pratique des servitudes.

La courte Note : Quel est le rôle du géomètre-expert par rapport aux servitudes ?

Thierry Gareau : Nous intervenons lors de la constitution ou pendant la vie des servitudes. Il faut d'abord déterminer où est la servitude, pour ensuite vérifier qu'elle se situe sur le bon terrain – notamment lorsqu'il y eu modification cadastrale. Enfin, nous nous assurons que la servitude sert toujours. Si oui, nous vérifions s'il est possible de la cantonner à une emprise moindre ou plus pratique. Ces vérifications sont plus compliquées lorsqu'il n'existe pas de document graphique, lorsque les servitudes ont été établies avant la rénovation du cadastre ou lorsque qu'elles n'ont pas été transcrites. On rencontre souvent des servitudes établies par « destination de père de famille »[1] , y compris dans des grands ensembles immobiliers détenus par des groupes. Lorsque ces terrains sont divisés pour être vendus, la situation au regard des servitudes doit être clarifiée.

LCN : Les difficultés liées à la preuve des servitudes se sont–elles améliorées ?

TG : Oui, grâce au cadastre rénové et plus généralement au suivi plus fort du foncier, notamment dans les ZAC ou les lotissements. Toutefois, le système actuel de publicité foncière ne donne pas d'outil pour vérifier la conformité des faits au droit. Il n'y a pas de « carte d'identité » du bien qui permette de connaître la situation au regard des servitudes.

LCN : Les vendeurs et acquéreurs prennent-ils le soin de vérifier les servitudes ?

TG : Globalement, les parties sont attentives à l'établissement des servitudes, qu'elles abordent toujours avec crainte. C'est souvent au moment de la vente que l'on ressent la nécessité de clarifier les choses - en définissant contradictoirement l'emprise d'une servitude, par exemple. Le géomètre et le notaire travaillent d'ailleurs souvent ensemble car c'est un sujet « pointu », le géomètre ayant lui les capacités techniques nécessaires pour « matérialiser » les servitudes. Cependant, pour l'acquisition d'ensembles immobiliers, une tendance différente se manifeste, la logique de l'investissement immobilier s'orientant vers le rendement du bien plutôt que vers le bien lui même. L'approche de la vente en est changée : on vérifie la durée du bail, son montant et on s'attache moins aux contraintes du bien. La vérification des servitudes devrait éveiller davantage la vigilance des propriétaires, quitte à retarder la vente : mieux vaut sécuriser l'investissement...

LCN : Dans les états descriptifs de volume, quelles servitudes sont les plus utilisées ?

TG : On utilise les servitudes générales : vues, ancrage, surplomb, prospect, droits relatifs à la construction... L'enjeu principal est de préciser les passages entre les volumes, il faut les écrire et les matérialiser. Aujourd'hui, on utilise systématiquement un plan pour identifier les servitudes. Une visualisation en « 3D » avec une visite virtuelle permet d'identifier visuellement la propriété. Très utile, elle est peu pratiquée parce qu'elle est coûteuse et qu'elle n'est pas nécessaire à la publication de l'acte à la conservation des hypothèques.



Propos recueillis par Bertrand Lacourte
Notaire associé

1 - Ndlr : les servitudes par destination de père de famille désignent le cas d'un immeuble appartenant à une personne et cédé à deux ou plusieurs personnes différentes.



PROCÉDURES COLLECTIVES, LA « NOUVELLE DONNE »

La loi de sauvegarde des entreprises[1] a été adoptée par l'Assemblée nationale le 13 juillet 2005. Elle réforme les procédures collectives. Récapitulatif des nouvelles modalités.

Le législateur souhaitait élargir le droit des entreprises en difficulté : dès le 1er janvier 2006, les procédures collectives s'appliqueront aussi aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale. Les objectifs de cette réforme sont clairs : atténuer la responsabilité civile et pénale en allégeant les sanctions patrimoniales et pénales[2]; continuer l'exploitation grâce au redressement amiable ; mettre l'accent sur la prévention, détecter par anticipation des difficultés et négocier avec les créanciers ; protéger les créanciers et enfin, simplifier les procédures de traitement des difficultés des entreprises.

Il faut inciter le chef d'entreprise à conclure au plus tôt des accords avec ses créanciers. On a ainsi institué le « privilège de *new money* » : les personnes qui consentent un crédit au débiteur pour lui permettre de poursuivre son activité, sont payées du montant de leur créance, par privilège à toutes créances nées avant la conciliation.

Le mandat *ad hoc*

Très souple, il vise les entreprises viables mais ayant des difficultés sans cessation de paiements. Confidentielle, elle n'a aucune portée juridique : le dirigeant s'adresse au président du tribunal de commerce pour faire nommer un mandataire judiciaire. Il négociera avec les créanciers pour échelonner les paiements.

La conciliation

Cette procédure remplace le règlement amiable et s'adresse aux entreprises en difficulté juridique, économique, ou financière, avérée ou prévisible, sans être en état de cessation des paiements (ou l'étant depuis moins de 45 jours). Le dirigeant saisit alors le président du tribunal de commerce pour faire nommer un conciliateur pour une mission de 5 mois maximum. L'accord passé avec les créanciers peut faire l'objet d'une constatation par le tribunal, ayant alors force exécutoire. Les créanciers qui aident à la poursuite de l'activité peuvent bénéficier d'un privilège leur permettant d'être payés prioritairement.

La sauvegarde

Cette nouvelle procédure concerne le chef d'entreprise qui rencontre des difficultés insurmontables et pouvant le conduire à la cessation de paiements. Le dirigeant s'adresse au président du tribunal qui désigne un mandataire judiciaire et peut décider de suspendre le paiement des dettes pendant une durée de 12 mois au plus, au cours desquels le dirigeant continue de gérer son entreprise avec l'aide du mandataire judiciaire.

Le redressement judiciaire

Le dirigeant n'a pas su éviter les difficultés de son entreprise (cessation des paiements). L'objectif est de permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi, l'apurement du passif et d'éviter la liquidation. Le dirigeant doit demander l'ouverture de cette procédure dans les 45 jours suivant la cessation de paiements. Un administrateur judiciaire est nommé pour assister le dirigeant dans la gestion et l'administration de l'entreprise. Cette procédure peut aboutir à un plan de continuation ou à un plan de cession totale ou partielle avec reprise de l'actif et du passif.

La liquidation judiciaire

Demandée par le dirigeant dans les 45 jours suivant la cessation de paiements, elle vise les entreprises dont le redressement est manifestement impossible. Un liquidateur est nommé par le tribunal. La procédure peut être ramenée à 1 an (au lieu de 4) si les actifs sont facilement vendables.





Aurélie NIVET
Notaire assistant
Département Marchands de biens

1 - Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, JORF N°173, 27 juillet 2005.
2- Les sanctions personnelles comme l'interdiction de gérer sont limitées à 15 ans et les doubles peines en matière de banqueroute disparaissent.



FISCALITÉ : LA NOTION D'ABUS DE DROIT

« Le Droit cesse là où l'abus commence », PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil.*

Dans un souci de bonne gestion de leur patrimoine, les contribuables utilisent rarement la voie fiscale la plus onéreuse. Dans la recherche d'une solution moins coûteuse, certains peuvent être tentés d'utiliser des chemins détournés, opaques ou simulés. Ces voies sont cependant périlleuses : la frontière entre l'habileté fiscale et la fraude est très ténue. L'Administration fiscale peut avoir recours à l'article L.64 du Livre des procédures fiscales. À la lecture du texte, celui-ci ne réprime que les seuls cas de simulation (intervention d'un prête-nom ou donation déguisée en vente).

Abus de droit ou bonne foi ?

La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, a étendu cette notion d'abus de droit à des opérations, somme toute régulières, mais dont le but recherché est exclusivement fiscal et ceci, depuis un arrêt du Conseil d'État du 10 juin 1981[1] : « lorsque l'Administration use des pouvoirs qu'elle tient de ce texte dans des conditions telles que la charge de la preuve lui incombe, elle doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables, certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluder ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation et à ses activités réelles ».

Les contribuables doivent donc prouver que l'acte juridique contesté par l'Administration possède une cause – autre que fiscale – évidente et parfaitement licite. La reconnaissance de cette évidence sera la preuve de la bonne foi du contribuable et rendra la procédure inefficace. Cette notion de bonne foi est très importante car, dans le cas contraire, les contribuables doivent non seulement payer les droits ou impôts éludés, mais également payer une amende forfaitaire, égale à 80% du montant de ces derniers !

Une procédure spécifique

S'agissant d'un texte fiscal d'exception, l'article L.64 soumet l'action de l'Administration à une procédure spécifique. Celle-ci doit être intentée par un agent des impôts ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire. La notification du redressement doit remplir certaines conditions de forme. En cas de désaccord entre l'Administration et le redevable sur le bien-fondé des redressements, le litige peut être soumis à l'avis du Comité Consultatif pour la répression des abus de droit (CCRAD) sur demande de l'une ou l'autre des parties.

Ce comité comprend un conseiller d'Etat (président), un conseiller à la Cour de Cassation, un conseiller maître à la Cour des Comptes et un professeur des universités agrégé de droit ou de sciences économiques.

Le comité rend un avis qui influe, lors du contentieux judiciaire ultérieur, sur la charge de la preuve. Si cet avis est conforme à la position de l'Administration fiscale, la preuve sera à la charge du contribuable. Lorsque l'avis lui est défavorable ou en l'absence de saisine, l'Administration conservera la charge de la preuve.

Étant donné sa composition et en l'absence de tout représentant des contribuables, il n'est pas étonnant de constater que ces avis annuels sont rarement en défaveur de l'Administration fiscale. Plus grave encore, la position du CCRAD est, dans certains cas (constitution d'une SCI, apport de la nue propriété d'un bien à ladite SCI puis donation des parts à des enfants), contraire à la jurisprudence de la Cour de Cassation. Il apparaît donc dangereux à tous égards de saisir ce comité tant que sa composition n'aura pas été modifiée.



Frédéric VINCENT
Notaire associé
Département Droit de la Famille

1 - CE, Ass. Pl., 10 juin 1981, Rép. 18664 : Dr. Fiscal 1981, n° 48-49, comm. 2187 concl. Lobry ; RJF 1981 n° 9 p. 426.



BLOC NOTES

VIE DE L'ÉTUDE

Valérie MAGNARD, Notaire salarié

Valérie Magnard a été nommée par le Garde des Sceaux Notaire salarié à l'étude en juillet 2005. Elle a prêté serment au Tribunal de Grande Instance de Paris le 31 août dernier. Entrée à l'étude en 1999, elle travaille au service « Droit de la famille » et contribue régulièrement à la rédaction de La courte Note. L'étude comprend désormais trois notaires associés et trois notaires salariés.

NOS INTERVENTIONS

Le Moniteur

« La vente en l'état futur d'achèvement » - 30 septembre 2005

Brigitte RAYROLLE, responsable du service « Programmes immobiliers » a co-animé le 30 septembre dernier une journée intensive de formation sur le thème de la vente en l'état futur d'achèvement dans laquelle les règles et les particularités de ce montage complexe et les points clés de la relation vendeur/acquéreur ont été analysés.

AFAC

Catherine Minot, consultante en droit public à l'étude, anime régulièrement des formations pour l'AFAC. Voici quelques dates passées et à venir.

« Les fondamentaux de l'urbanisme » - 22 septembre 2005

Au cours de cette conférence ont été exposées les différentes règles d'urbanisme. A été expliqué comment construire et aménager avec les règles existantes.

« Le permis de construire » - 3 octobre 2005

Ont été exposés : le régime du permis de construire et son champ d'application, les opérations immobilières complexes, comment construire sur de l'existant, ainsi que les incidences de la réforme en cours.

« Loi SRU, actualité de l'urbanisme » - 11 octobre 2005

Durant cette formation ont été analysées les récentes évolutions législatives (Loi SRU, Loi Urbanisme – habitat, loi archéologie préventive – décrets d'application) et jurisprudentielles dans trois grands domaines de l'urbanisme : la planification, les opérations d'aménagement et les autorisations de construire. La réforme du permis de construire a également été étudiée (Rapport Pelletier ; présentation de la réforme ; projets de textes….)

« Les contentieux de l'urbanisme » - 25 octobre 2005

Seront exposés le contentieux administratif de l'urbanisme (recours en annulation et recours indemnitaire), le contentieux pénal de l'urbanisme (conséquences de la construction réalisée illégalement) et le contentieux civil de l'urbanisme.
Retrouvez le programme complet de ces formations sur le site de l'AFAC : http://www.afac-formation.com. Inscrivez-vous en ligne ou au 01 44 07 27 65.

SIMI

« Quelle réforme pour le permis de construire ? » - Mercredi 30 novembre de 10h30 à 12h30

Le SIMI est le rendez-vous des professionnels et des utilisateurs d'Immobilier d'Entreprise. Il se tiendra, pour sa 4ème édition, les 30 novembre, 1er et 2 décembre 2005 au Palais des Congrès de Paris. Catherine MINOT, consultante en droit de l'urbanisme, co-interviendra sur le thème « quelle réforme pour le permis de construire ? ». Seront abordés les recours abusifs, les agréments et la durée des procédures administratives.
Retrouvez le programme complet du salon et inscrivez-vous sur le site du SIMI : http://www.salonsimi.com

Formations Intra Entreprise

L'étude organise en partenariat avec des organismes dédiés à la formation des **stages à la carte** pour des entreprises, parfois clientes. Les exemples de thèmes abordés : le montage d'opérations immobilières, les autorisations d'urbanisme, le contentieux de l'urbanisme ou encore les servitudes de droit privé et de droit public.



Etude LACOURTE
54, avenue Victor HUGO - 75116 PARIS
Standard : (1) 01 44 28 40 00
Télécopie : (1) 01 45 01 88 28
E-mail général : associes-notaires@scp-lacourte.com
Site Web : www.scp-lacourte.com



Pour approfondir les questions abordées, demandez une documentation à la bibliothèque : **bibliotheque@scp-lacourte.com**



Directeur de la publication : Bertrand Lacourte • Rédactrice en chef : Catherine Minot • Secrétariat de rédaction : Bulle Lacourte - Christine Montébrun - Pierrick Le Bourdiec • Création et réalisation : Thalamus 01 47 00 58 83 • Parution tri-annuelle • Dépôt légal : n° ISSN 1774-7732